M.E.S., Numéro 121 Vol.2, Janvier-Mars 2022
https://www.mesrids.org
Dépôt légal : MR 3.02103.57117
N°ISSN (en ligne) : 2790-3109
N°ISSN (impr.) : 2790-3095
Mise en ligne le 24 janvier 2022

LE STATUT COMMERCIAL DE LA FEMME MARIEE A L'EPREUVE DU DROIT OHADA

par

Benjamin BOLIKENGE LOPOKA
Chef de Travaux, Faculté de Droit
Université de Kinshasa

Résumé

La présente étude cherche à démontrer, à travers la législation congolaise et communautaire, que le statut commercial de la femme mariée n'a pas évolué. Cette dernière demeure soumise au régime d'autorisation maritale préalable et, le cas échéant à l'autorisation judiciaire en cas d'absence, de démence et d'interdiction de la mariée.

Mais à l'heure actuelle, un tel régime n'a plus sa raison d'être, la femme mariée étant appelée à contribuer, à l'instar du mari, aux charges du ménage.

C'est ainsi qu'à travers cette étude, le législateur est invité à lever ce régime, jugé discriminatoire à l'égard de la femme ; en édictant un texte juridique de portée générale prévoyant la levée pure et simple du régime d'autorisation maritale préalable, avec interdiction d'y revenir postérieurement.

Mots-clés : *statut commercial de la femme mariée, épreuve du droit OHADA*

Abstract

The current study aims at finding out, from congolese and community legislation, where the commercial statute of married woman has not succeded. The woman always submits to previous authorization marital regime, in the case of legal authorization, if not the case foolishness and refusal of the husband.

But today such a regime must not act, the married woman has to contibute like the husband to house duties.

Therefore, from this study, the legislator ought to raise this regime, found discriminatory against the married woman, by making a global legal regulation text foreseeing to raise simply the previous marital authorization relating the refusal to get back to it lately.

INTRODUCTION

L'exercice du commerce est dominé par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, toute personne physique ou morale peut se livrer à l'activité commerciale de son choix, en s'établissant où elle veut, bien entendu en observant les prescriptions légales ou réglementaires en matière d'exercice du commerce. Ce principe est consacré par la Constitution du 18 février 2006, telle que modifiée et complétée en 2011.

Mais, étant donné le caractère dangereux et risqué de la profession commerciale, l'exercice du commerce est assorti des conditions ; lesquelles s'analysent dans certains cas, sous forme de limitations à l'exercice du commerce. Parmi celles-ci, figure l'absence d'incapacité. Autrement dit, ne peut se livrer au commerce que celui qui a la capacité commerciale. Celle-ci est entendue comme l'aptitude qu'à une personne de poser valablement des actes de commerce.

Certes, en règle générale, toute personne physique est capable de poser des actes de commerce, sauf si elle est déclarée incapable par la loi. Néanmoins, cette limitation à l'exercice du commerce soulève de nombreuses préoccupations, particulièrement en ce qui concerne la capacité commerciale de la femme mariée.

En effet, depuis très longtemps, la capacité, notamment commerciale de cette dernière a souvent été sujette à caution, dans la mesure où la loi a institué à son égard un régime spécial en la matière : le régime d'autorisation maritale préalable. Mais par la suite, ce régime a fini par être considéré comme une discrimination à son égard. A cet effet, de nombreuses modifications légales ont été envisagées pour aboutir à la levée pure et simple de ce régime de l'arsenal juridique congolais.

La levée de ce régime est donc toujours d'actualité, en commençant par le Législateur Congolais lui-même, bien que les modifications envisagées semblent n'avoir pas réglé définitivement cette question juridique majeure. En effet, au regard de l'état actuel de la législation congolaise, ce vœu semble loin d'être un acquis.

D'où la raison d'être de la présente étude. En effet, celle-ci a l'avantage de confronter la législation en vigueur avec la réalité du quotidien ; en passant en revue l'évolution de la législation commerciale en rapport avec le statut commercial de la femme mariée, à travers toutes les modifications intervenues dans ce domaine. L'étude a également le mérite d'apprécier les résultats auxquels ces modifications ont abouti.

A ce sujet, un accent particulier sera placé sur l'incidence de l'adhésion de la RDC à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, OHADA en sigle, sur le statut commercial de la femme mariée. En effet, d'aucuns pensent que l'adhésion de la RDC à l'OHADA, constitue une réponse à de nombreuses questions juridiques soulevées en droit interne, dont notamment celle relative à la levée ou non du régime d'autorisation maritale préalable en matière d'exercice du commerce par la femme mariée. Les plus optimistes ne s'empêchent de clamer tout-haut et fort que la levée du régime de l'autorisation maritale préalable est acquise à la suite de cette adhésion à l'OHADA.

Cette préoccupation est en train d'être analysée dans le cadre de notre thèse de doctorat, axée sur « *La problématique de la survivance des limitations à l'exercice du commerce face au droit du GATT-OMC et du droit de l'OHADA* », présentement sous presse. Notre position sur cette question constituera notre apport scientifique sur cette problématique, qui semble diviser les spécialistes en droit commercial.

Il convient à ce sujet de faire d'abord un bref aperçu sur le mariage, avant de dresser un état des lieux de la législation congolaise en la matière, et pour terminer avec l'incidence de l'adhésion à l'OHADA sur le régime d'autorisation maritale préalable. Une brève conclusion met un terme à cette étude.

I. BREF APERÇU SUR LE MARIAGE

1.1. Notion de mariage

L'article 40 al. 1er de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, telle que modifiée et complétée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, prévoit que : « *tout individu a le droit de se marier avec la personne de son choix, de sexe opposé et de fonder une famille* ». Par contre, l'engagement de ne pas se marier pris par un individu est sans effet au regard de la loi.[170]

Dans cet ordre d'idées, la Loi n°87/010 du 1er Août 1987, telle que modifiée et complétée par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 portant Code de la famille, spécialement en son article 330, définit le mariage comme « *un acte civil, public et solennel par lequel un homme et une femme qui ne sont engagés ni l'un ni l'autre dans les liens d'un précédent mariage enregistré, établissent entre eux une union légale et dont les conditions de formation, les effets et la dissolution sont déterminés par la loi* ».

A cet effet, l'article 349 du même code de la famille édicte que : « *le mariage a pour but essentiel de créer une union entre un homme et une femme qui s'engage à vivre ensemble jusqu'au décès de l'un d'entre eux pour partager leur commune destinée et pour perpétrer leur espèce* ».

[170] Art. 335 al.1, *Loi n°87-010 portant code de la famille telle que modifiée et complétée en 2011*

Néanmoins, le fait de ne pas avoir des enfants en cours du mariage ne rend pas nul le mariage, ni n'en constitue une cause de divorce. Par ailleurs, l'union qui n'est conclue que selon les prescriptions d'une Eglise ou d'une secte religieuse ne peut produire aucun effet du mariage. Certes, ce qui compte est que les conditions prévues par la loi soient observées pour que le mariage soit légalement valable.

1.2. Conditions du mariage

Tout mariage doit réunir des conditions tant de fond que de forme. Quant au fond, il sied de relever entre-autres que le mariage n'est admis qu'entre deux personnes de sexe opposé ayant la capacité de se marier, c'est-à-dire avoir au moins 18 révolus et sans lien de consanguinité ou de parenté. De même, il ne peut être conçu un mariage sans versement de la dot par l'époux à la famille de l'épouse, dont les modalités sont fixées conformément à la coutume de la famille de l'épouse.

Quant aux conditions de forme, le mariage peut faire l'objet d'une célébration en famille, pour que par la suite, il soit enregistré à l'Etat civil. C'est ce qui ressort des articles 371 et 378 de la Loi n°87/010 du 1er Août 1987, telle que modifiée et complétée par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 portant Code de la famille.

Toutefois, au moment de l'enregistrement, la présence physique des époux est exigée. Néanmoins, les conjoints peuvent être représentés par leurs mandataires, sur présentation d'une procuration spéciale. La loi exige que chacun des époux soit accompagné d'un témoin qui, dans ce cas, doit consentir au mariage.

Le mariage peut également être célébré devant l'Officier de l'Etat Civil. En effet, la règle est que, l'Officier de l'Etat civil compétent est celui du lieu de la célébration du mariage.[171] Selon l'article 389 alinéa 1er du code de la famille, le mariage est célébré particulièrement au bureau de l'Etat civil du domicile ou de la résidence de l'un des époux.

Cependant, lorsque l'une des parties ne peut se rendre au bureau de l'Etat civil à la suite d'un empêchement grave, le tribunal de paix peut autoriser la célébration du mariage dans un autre lieu.[172] Néanmoins, avant de célébrer le mariage, l'officier de l'Etat civil demande aux futurs époux la preuve de la dissolution du premier mariage (s'il y en avait), la preuve du versement de la dot et sa composition et le régime matrimonial qu'ils veulent choisir. Enfin, chacun des époux reçoit un exemplaire d'acte de mariage, et l'époux reçoit un livret de mariage.

Dans tous les cas, qu'il soit célébré en famille ou directement devant l'officier de l'Etat civil, le mariage est une institution stable, produisant des effets ou des conséquences du droit, notamment en matière d'exercice du commerce ; surtout à l'égard de l'épouse désireuse de se livrer au commerce.

Il apparaît nécessaire de dresser un état des lieux sur les effets du mariage sur le statut commercial de la femme mariée.

II. ETAT DES LIEUX DE LA LEGISLATION CONGOLAISE

En droit congolais, le statut commercial de la femme mariée est dominé par le régime d'autorisation maritale préalable en matière d'exercice du commerce par la femme mariée. La législation Congolaise en rapport avec le régime d'autorisation maritale va être relevé, en prenant en compte les principaux textes juridiques, qui l'ont consacré, à savoir : le Décret du 02 Août 1913 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux et la Loi n°87/010 du 1er août 1987 telle que modifiée et complétée en 2016, portant Code de la Famille. Le premier texte juridique a institué le régime d'autorisation préalable en matière commerciale et le second par contre, a institué le régime d'autorisation préalable en matière civile.

2.1. Régime d'autorisation maritale préalable en matière commerciale

[171] CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 7ème éd. Revue et augmentée, Paris, 2009, p.667

[172] MWANZO IDIN-AMINYE E., *Droit civil : les personnes*, Notes du cours, Faculté de Droit, UNIMBA, 2012-2013, p.78

Le premier texte légal ayant consacré le régime d'autorisation maritale, spécialement en matière commerciale, est le Décret du 02 août 1913 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux.

Aux termes de l'article 4 dudit Décret : « *La femme mariée et non séparée de corps ne peut être commerçante sans le consentement de son mari* ». Cette disposition consacre le régime d'autorisation maritale en matière d'exercice du commerce par la femme mariée, sans préciser la forme que peut revêtir une telle autorisation.

C'est pour cette raison que, cette autorisation peut être tacite ou expresse ; écrite ou verbale. Elle est tacite par le simple fait que le mari, sachant que sa femme se livre à une activité commerciale déterminée pendant des mois voire des années, ne s'y est pas opposé et que les différents actes juridiques posés par la femme dans le cadre de son activité ont trouvé le consentement de son mari. Et l'alinéa 2 de l'article 4 sous examen d'ajouter : « *en cas d'absence, de démence ou d'interdiction du mari, le tribunal de première instance peut autoriser la femme à faire le commerce* ».

Dans tous les cas, l'effet de cette autorisation cesse avec la cause qui y a donné lieu. En cas de minorité du mari, celui-ci ne peut autoriser sa femme à faire le commerce qu'après avoir été autorisé lui-même, conformément aux règles et dans les formes déterminées par la loi. Une telle autorisation n'est plus nécessaire étant donné que le mineur, bien qu'émancipé, ne peut pas s'engager dans un lien de mariage.[173] Cependant, une fois autorisée, la femme mariée est réputée pleinement capable pour tout ce qui concerne son négoce. Elle peut, sans autorisation, ester en justice.

Mais, la législation commerciale ne prévoit aucun recours contre le refus du mari ; et le tribunal ne peut se substituer au mari que dans trois cas limitativement énumérés, à savoir : « *l'absence, la démence ou l'interdiction du mari* ». Ainsi, l'autorisation du mari et, le cas échéant, celle du tribunal rendent régulier l'exercice du commerce par la femme mariée. Telle est également la solution préconisée en matière civile.

2.2. Régime d'autorisation maritale préalable en matière civile

En 1987, avec la promulgation du Code de la famille, ce régime s'est généralisé en matière civile. En effet, avant la modification du code de la famille intervenue en 2016, il était prévu à l'article 448 que « *la femme doit obtenir l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques dans lesquels elle s'oblige à une prestation qu'elle doit n'effectuer en personne* ».

Ce régime, longtemps décrié, a amené le législateur a consacré une modification de cet article en 2016. Désormais, le libellé du même article 448 se présente comme suit : « Les *époux doivent s'accorder pour tous les actes dans lesquels ils s'obligent à une prestation qu'ils doivent effectuer* ». Cette modification consacre pure et simplement la levée du régime d'autorisation maritale préalable spécialement en matière civile.

Malheureusement, cette modification a créé un autre écueil juridique. En effet, désormais chaque époux dispose d'une sorte de « *droit de véto* », lui permettant de s'opposer aux actes posés ou accomplis par l'autre époux. Il s'agit, à notre avis, d'un véritable recul en matière civile. L'on serait en droit de se demander si cette modification a une incidence sur le régime d'autorisation maritale préalable en matière commerciale, prévue aux articles 4 et suivants du Décret du 02 août 1913 sur le contrat et la preuve des engagements commerciaux.

A cette préoccupation, il importe de relever que le Décret du 02 août 1913 précité, étant un texte spécial, il ne peut pas être dérogé par un texte de portée générale comme c'est le cas de la loi portant code de la famille. C'est ce qui nous fait dire la levée du régime d'autorisation maritale n'entraine pas celle prévue par le décret précité. C'est pourquoi, tous les espoirs d'une telle levée étaient permis avec l'adhésion de la RDC à l'OHADA ; étant donné que les actes uniformes sont désormais directement applicables et obligatoires, notamment en RDC,

[173] Art. 48, *Loi 09/008 du 10 Janvier 2009 portant protection de l'enfant.*

nonobstant toutes dispositions contraires du droit interne, antérieures ou postérieures.

III. INCIDENCE DE L'ADHESION A L'OHADA SUR LE REGIME D'AUTORISATION MARITALE PREALABLE

La République Démocratique du Congo est devenue membre de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, OHADA en sigle, depuis le 12 septembre 2012. Cette adhésion a connu un long processus, lequel a pris pratiquement une décennie de préparation. Cette adhésion a pour effet principal l'application obligatoire et immédiate des actes uniformes nonobstant les dispositions du droit interne contraire, postérieur ou antérieur. Il sied de reconnaitre que, l'application des actes uniformes en République Démocratique du Congo ne connait pas des difficultés majeures, car les deux systèmes juridiques font partis de la grande famille juridique Romano-Germanique.

En matière commerciale, le texte juridique de base est principalement l'Acte Uniforme du 15 Décembre 2010 sur le Droit Commercial Général. Néanmoins, les dispositions du droit interne peuvent continuer à être d'application pour des matières non réglementées par cet acte uniforme. Et dans certain cas, le législateur communautaire renvoi au droit interne la réglementation de certaines matières. Comme en droit interne, l'exercice du commerce en droit communautaire est dominé par le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, consacré à l'origine par l'acte de Berlin de 1885. Ce principe a quasiment été repris dans toutes les lois fondamentales ou Constitutions qu'a connu la RDC.

Actuellement, comme précédemment souligné, ce principe est consacré à l'article 35 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, au terme duquel : « *L'Etat garantit le droit à l'initiative privée tant aux nationaux qu'aux étrangers. Il encourage l'exercice du petit commerce, de l'art et de l'artisanat par les Congolais et veille à la protection et à la promotion de l'expertise et des compétences nationales* ».

Il ne s'agit pas à ce niveau de faire une étude détaillée sur ce principe, encore moins sur les limitations à l'exercice du commerce, constituant des restrictions à ce principe ; mais plutôt de dégager la position du législateur communautaire sur la survivance ou non du régime d'autorisation maritale préalable en matière d'exercice du commerce par la femme mariée.

Il convient donc de faire un état des lieux de la législation communautaire sur cette question, avant de donner notre point de vue développé dans le cadre de notre thèse de doctorat.

3.1. Etat de lieux de la législation communautaire sur le régime d'autorisation maritale préalable

En principe, toute personne physique a la capacité, sauf exceptions prévues par la loi. La capacité dont question ici, c'est celle d'exercice. A l'heure actuelle, le mineur ne peut faire le commerce que s'il est émancipé. C'est ce qui ressort de l'article 7 al. 1er de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 sur le Droit Commercial Général. Et l'alinéa 2 du même article d'ajouter : « *le conjoint du commerçant n'a la qualité de commerçant que s'il accomplit des actes de commerce à titre de profession et séparément de ceux de l'autre conjoint* ». C'est sur dernier alinéa que beaucoup d'auteurs et spécialistes s'appuient pour justifier la levée du régime d'autorisation maritale préalable en matière d'exercice du commerce par la femme mariée.

Cette position est difficilement acceptable, car comme nous allons le relever dans la solution envisagée dans le cadre de notre thèse sur ce débat, au moment de la rédaction de l'acte uniforme sous examen, la RDC n'était pas encore membre de l'OHADA, et qu'aucun Etat Partie n'avait dans son droit interne un tel régime. Si cette question peut être posée à l'heure actuelle, parce que, sur les 17 pays membres, il y a un, très important, dont le droit

interne comporte le régime d'autorisation maritale préalable ; en l'occurrence la RDC.

3.2. Notre position sur la question

Le régime d'autorisation maritale préalable n'a pas été pris en compte lors des négociations entre Etats Parties au moment de l'élaboration de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 sur le droit commercial général.

Une telle question ne pouvait se poser en son temps, car la RDC n'était pas encore membre de l'OHADA, et que dans aucun pays signataire du traité de l'OHADA n'avait ce régime dans son droit interne. C'est pour cette raison, seul le mineur a été nommément cité et que seul le mineur émancipé peut exercer le commerce.

En ce qui concerne la femme mariée, la survivance de cette limitation interne à l'exercice du commerce s'explique par le silence justifié du législateur communautaire sur la question. Le libellé de l'article 7 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général n'a aucune incidence sur la levée ou non, en droit interne congolais, du régime d'autorisation maritale préalable en matière d'exercice du commerce par la femme mariée.

Ce silence nous amène à conclure que le régime d'autorisation maritale préalable prévu à l'article 4 du Décret du 02 août 1913 continue à être d'application, en dépit du fait que ce régime soit anachronique au regard de l'évolution actuelle de la vie des affaires.

La femme, même mariée, est un véritable agent de développement. C'est pourquoi elle doit se livrer aux activités commerciales sans nécessité d'une quelconque autorisation, fut-elle celle de son mari ; tous les deux devant contribuer aux charges du ménage.

Ce régime, à notre avis, existe en droit interne, bien que dans les faits n'en soit pas favorable. En effet, étant conscient du peu d'intérêt que représente ce régime, le législateur congolais n'a même pas imposé la forme qu'elle devrait prendre une telle autorisation. Celle-ci pouvant être écrite ou verbale, expresse ou même tacite. Le maintien de cette autorisation se maintient encore sur le plan des textes.

Il appartient au législateur communautaire, tout comme au législateur congolais de régler une fois pour toute cette question suivant les propositions que nous comptons faire dans le cadre de la conclusion suite à l'issue de cette étude.

CONCLUSION

L'exercice du commerce par la femme mariée est une réalité incontournable dans l'espace OHADA. Mais de tous les pays de cette espace, seule la législation congolaise semble maintenir le régime d'autorisation maritale préalable en matière d'exercice du commerce par la femme mariée.

Ce régime, longtemps décrié, est devenu anachronique et mérite d'être levé dans la légistique des textes légaux et réglementaires du droit interne. La modification de l'article 448 du code de la famille n'a aucune incidence sur la levée de ce régime d'autorisation maritale préalable en matière commerciale, la loi commerciale étant spéciale ; donc non susceptible d'être dérogée par une loi générale comme l'est la Loi portant Code de la famille.

En dépit de l'adhésion de la RDC à l'OHADA, ce régime semble se maintenir, car le législateur communautaire n'a pas pris une position claire ; étant donné que la question ne se posait pas au moment de la rédaction de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 sur le droit commercial général.

A cet effet, deux voies de sortie s'imposent pour aboutir à la levée définitive du régime d'autorisation maritale préalable de l'arsenal juridique congolais. La première relève du droit interne. Elle consiste pour le législateur congolais de prévoir une disposition claire et nette levant une fois pour toute le régime d'autorisation maritale dans un texte de portée générale ; celle-ci renforcée par un alinéa interdisant de façon formelle tout texte consacrant une telle discrimination à l'égard de la femme mariée. Le mariage ne doit donc pas constituer un obstacle à l'exercice du commerce par les époux.

La seconde peut être envisagée dans le cadre du droit communautaire. Le législateur communautaire

peut prendre une position définitive, comme il a fait en ce qui concerne le mineur émancipé, en prévoyant un alinéa 3 à l'article 7 de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 sur le droit commercial général, l'interdiction aux Etats membres de prévoir ou de maintenir le régime d'autorisation maritale préalable en matière d'exercice du commerce par la femme mariée.

BIBLIOGRAPHIE

1. Textes juridiques

- Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, Journal Officiel de la RDC, n°spécial, 5 févier 2011 ;
- Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du droit des affaires, tel que révisé le 17 octobre 2008, publié au J.O de l'OHADA n°20 du 01/11/2009.
- Acte uniforme du 15 décembre 2010 sur le droit commercial général ;
- Décret du 02 avril 1957 sur le commerce ambulant ;
- Loi n°87-010 du 1er aout 1987, telle que modifiée et complétée par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 portant code de la famille ;
- Loi 09/008 du 10 Janvier 2009 portant protection de l'enfant.

2. Ouvrages

- AMISI HERADY, *Droit civil :les personnes, les incapacités et la famille,* Volume 1, 2ième éd. EDUPC, Kinshasa, 2014 ;
- CARBONNIER (J.), *Droit civil des personnes,* 7ième édi., PUF, Paris, 2000 ;
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 7ème éd. Revue et augmentée, Paris, 2009.
- POUGOUE (P.-G.) et FOKA (A.), *Le statut de commerçant dans l'espace OHADA,* éd. Presses Universitaires d'Afrique, Collection VADE-MECUM, Yaoundé, 2005 ;
- WEIL (A.) et TERRE (F.), *Droit civil, la famille, les personnes, les incapables,* 4ième éd., PUF, Paris, 1979.